

## SEÇÃO CRIMINAL

### Falso testemunho: Anotações de Direito e Processo Penal

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO (\*)  
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: 1 — Introdução. 2 — Da Capacidade Delitiva. 3 — Consumação e Foro Competente. 4 — Exclusão da Antijuridicidade. 5 — Dolo. 6 — Aspectos Processuais. 7 — Extinção da Punibilidade.

#### 1 — Introdução

É a Justiça, exercida pelo Poder Judiciário e pelos órgãos auxiliares que com ela coadjuvam e coordenam esforços, a entidade pública que substitui o desforço pessoal dos cidadãos na solução de seus conflitos, para preservar a ordem, a harmonia, o equilíbrio e a paz no contexto da vida comunitária.

Para o cumprimento desse mister, todavia, há que se valer a Justiça de um instrumento, que desempenhe o papel de elemento intermediário entre o conflito de interesses emergente e sua solução final, através do qual, por uma série de atos ordenados e coordenados, do primeiro ao último, possa desvendar e elucidar a real situação que se apresenta, dando-lhe a solução que juridicamente couber com a entrega da devida prestação jurisdicional.

A esse instrumento confere-se a denominação **processo**, que, encontrando berço no exercício do direito de ação (civil ou penal), concentra eventual medida ou providência destinada a atuar na esfera jurídica de outra pessoa (natural ou jurídica).

Almejando portanto dirimir com correção e exatidão o conflito que se apresente, há de prescrutar o processo, ao longo de todo o seu evoluir e no decorrer de suas

(\*) Professor de Direito nas Faculdades de São José dos Campos (SP) e Taubaté (SP)

diversas fases, o episódio posto sob o seu jugo, com todas as suas nuances, minúcias e características, pois só através do pleno domínio e conhecimento dos fatos poderá emergir uma solução realmente justa e escoreita.

Por esse motivo, deve compreender o procedimento estatal uma fase de instrução, na qual se realiza a atividade de produção das provas (da qual participam ativamente as partes — princípio do contraditório), conducentes à elucidação e descortino da real situação que se apresente, sobre a qual irá aplicar a Justiça o comando efetivamente adequado e necessário à ordem e paz públicas.

Diversos são os meios de prova postos ao cumprimento deste desiderato, ressaltadas as provas que se obtiverem por meios ilícitos<sup>(1)</sup>.

Desta sorte, ao lado das provas documentais, periciais..., figura ainda a prova testemunhal, que usufrui de largo espectro e prestígio, mormente na seara criminal.

Corporifica-se a prova testemunhal pelos depoimentos de pessoas que perceberam pelos seus sentidos o **punctum pruriens** do processo (viram, ouviram, sentiram...), sobre o qual incidirão os reflexos jurídicos cabíveis.

Testemunhas, no escólio de João Monteiro, "são as pessoas, capazes e estranhas ao feito, chamadas a Juízo para depor o que sabem sobre o fato litigioso"; "são — professa Bentham — os olhos e os ouvidos da Justiça"<sup>(2)</sup>.

Nessa conjuntura, exatamente porque na prova testemunhal encontra a sentença, via de regra, em sede de processo penal, o substrato fático imprescindível à decisão, necessário se fazia que o Direito cercasse o testemunho com todas as garantias e credenciais de idoneidade possíveis, para obliterar e entravar, em detrimento da correção e lhanza que a Justiça deve sempre abrigar, que depoimentos levianos, mentes, apócrifos, facciosos e sediosos pudessem levá-la a consagrar um erro judicial, em detrimento ou benefício de outrem e da própria ordem instituída.

Erigiu-se assim à categoria de crime, inscrito no artigo 342 do caderno penal, o delito de "falso testemunho", com a conseqüente cominação da **sanctio juris** cabível.

## 2 — Da capacidade delitiva

Todo crime pressupõe em sua estruturação típica, necessariamente, a figura do sujeito ativo ou agente, **id est**, da pessoa a quem coube o implemento físico da ação incriminada, concretizando e realizando o núcleo do tipo.

No que atine com a capacidade delitiva, apresenta-a o tipo legal delitivo epigrafiado **determinada**, projetando conseqüentemente o crime para o grupo, classe e estirpe dos delitos **próprios** ou **especiais**. Nestes, não se coloca o tipo em posição desinteressada e indiferente a respeito da pessoa que deva realizar a ação típica, pois requere e exige, como condição indeclinável para a subsunção e encarte típicos, que reúna o sujeito ativo certa qualidade ou condição — por situação jurídica ou de fato — para a perpetração da ação punível. Dessa forma, ostenta o delito em apreço círculo de autoria limitado, adstringindo a capacidade delitiva — por posição jurídica — unicamente às **testemunhas, peritos, tradutores ou intérpretes**.

(1) — Sobre o assunto, cf. nosso "Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites", Forense, 1986, págs. 371 a 383.

(2) — *Apud* Walter P. Acosta, "O Processo Penal", Ed. do Autor, 8.ª edição, 1971, pág. 231.

Mais: insere-se o falso testemunho no elenco restrito dos chamados **crimes de mão própria** ou **atuação pessoal** (**eigenhandige Verbrechen**), que, como figuras derivadas e decorrentes dos delitos próprios ou especiais, apresentam maiores e mais acentuadas restrições qualificativas pessoais concernentes ao agente, de sorte que somente ele (e ninguém mais por ele) poderá cometê-lo, ressurtindo inteiramente indelegável a atividade delitosa.

Os delitos de mão própria, portanto, são necessariamente formulados de tal maneira que o autor só pode ser quem esteja em situação de praticar imediata e corporalmente a conduta punível. Assim, a testemunha notificada não pode pedir a terceiro que deponha falsamente em seu lugar (art. 342). O funcionário não pode pedir a terceiro que deixe de praticar ato de ofício em seu lugar, a fim de atender sentimento pessoal (art. 319). O soldado não pode solicitar a terceiro que fuja em seu lugar (crime militar de deserção)<sup>(3)</sup>. O sedutor, de sua parte, não tem como transferir a outrem a realização do ato sexual que deflorará a seduzida (art. 217). Igualmente, fosse o incesto crime definido na legislação penal pátria (relacionamento sexual entre parentes próximos: pais com filhos e irmãos com irmãos), inclutável é que guardaria a condição de delito de atuação pessoal, incabível despontando a delegação (atribuição a outrem) da capacidade delitiva.

Dessa forma, como dizemos, no falso testemunho (art. 342) só poderá assumir-se como agente a **testemunha** (jamais o réu ou a vítima que mentem, aquele no seu interrogatório e estas ao serem tomadas suas declarações) que, **em determinado processo**, fora **pessoalmente notificada** para depor, prestando declarações mentes e apócrifas, exsurgindo assim o ilícito no rol dos de mão própria.

Pela mesma razão, e à luz do mesmo preceito incriminador (art. 342), a falsa perícia apenas poderá ser cometida pelo **expert** (perito que se vale de seus conhecimentos técnicos para a emissão de parecer ou laudo) que o Juízo houver **nomeado**, se vier a ofertar laudo leviano e tendencioso. Assim, não perpetra o crime epigrafiado quem, não sendo perito oficial ou nomeado e compromissado pelo Juízo, emite parecer técnico malsinado encomendado pelo interessado em obter solução favorável em processo penal<sup>(4)</sup>.

Como agentes do delito em apreço podem ainda figurar o **tradutor** (juramentado), que é a pessoa que verte para o idioma pátrio texto de língua alienígena, e o **intérprete** (compromissado), que é aquele por intermédio de quem duas ou outras mais pessoas se comunicam e entendem.

No que se refere à testemunha, e não obstante a existência de julgados que acenam para conclusão oposta<sup>(5)</sup> afigura-se-nos possam perpetrar o crime em questão não somente as testemunhas numerárias (**id est**: as que prestaram compromisso) como ainda as testemunhas informantes, ou seja, aquelas que não prestaram o compromisso<sup>(6)</sup>.

Isso porque não inscreveu o tipo legal delitivo em tela, em sua dicção legal, a prestação do compromisso como elemento integrante do crime, de sorte que qualquer pessoa que se dispuser a prestar depoimento na condição de testemunha (numerária ou informante), se falsear a verdade, terá cometido o ilícito penal em pauta.

(3) — Cf. Damásio E. de Jesus, "Direito Penal", Saraiva, 2.ª edição, 1977, I/176.

(4) — RT. 641/331.

(5) — Cf. RT 188/551, 233/80, 370/89, 376/330, 429/376, 448/359, 492/287, 508/354, 546/383, 597/333.

(6) — Cf. RT 321/71, 392/115, 415/63.



Muitas vezes, entretanto, o autor não labora sozinho ou isoladamente para o sucesso ilícito, pois conta com a cooperação, auxílio ou estímulo de outras pessoas para o cometimento da empreitada criminosa. Há, assim, em alguns casos, esforços e condutas que se conjugam, coordenam e organizam para a realização do fato incriminado, emprestando cada participante ativo sua cota de contribuição para o delito.

A alguns cabe a execução material e direta do episódio criminoso e, a outros, numa divisão de tarefas, a conduta convergente, coadjuvante e acessória, que secunda o ato principal.

Há, assim, um concurso de pessoas para a consecução do fato delituoso.

Isso porque **concorrer** nada mais é que procurar ou buscar um lugar-comum, convergir uma conduta para um desiderato ou intento perseguido também por todos.

Tonaliza-se e ganha contornos o concurso de agentes, por conseguinte, sempre que houver, para a perpetração do episódio criminoso, o envolvimento de mais de uma pessoa atuando para o sucesso ilícito.

E, em sede do concurso de pessoas, edita o artigo 30 de nosso caderno penal, cuidando da comunicabilidade das circunstâncias aos participantes: "não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime."

De tal arte, no que pertine com as circunstâncias ou condições **subjetivas**, que são as de conotação **pessoal**, aquilata-se, manifesta e clamorosamente, que o dispositivo suso epigrafo instituiu uma regra e, ato contínuo, insculpiu sua exceção.

**Regra:** não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal. **Exceção:** comunicam-se essas circunstâncias, porém, quando elementares do crime.

Vale dizer: são comunicáveis, pela ressalva estabelecida ao princípio, as circunstâncias subjetivas **elementares**, não se comunicando, conseqüentemente, as circunstâncias subjetivas que **não são elementares**, ou seja, aquelas que denotam a qualidade de **acidentais**<sup>(7)</sup>.

Nelson Hungria, no entanto, com o peso de sua autoridade e conhecimento, trouxe acirrada celeuma e acesa polémica no que se refere à comunicabilidade das circunstâncias pessoais elementares, ao procurar dissociá-las das condições personalíssimas. Para o insigne mestre, as condições pessoais constitutivas do crime são sempre comunicáveis, não porém as circunstâncias personalíssimas, **id est**, as concernentes, única e exclusivamente, ao próprio agente.

Dessa forma, jamais aceitariam a co-autoria os delitos de mão própria ou de atuação pessoal, porque envolvem em seu contexto condições personalíssimas.

Dessa maneira, durante largo período, sustentou Hungria não admitir o infanticídio (art. 123) a co-autoria, por ser incomunicável a condição personalíssima **sob a influência do estado puerperal**, que é a perturbação psíquica proveniente à parturiente em decorrência do puerpério, alterando o equilíbrio de seu psiquismo e assim diminuindo sua capacidade de entendimento e auto-inibição. Desta sorte, exclusivamente à mãe infanticida atribuir-se-ia o crime inscrito no artigo 123 e, ao terceiro interveniente, o delito de homicídio.

(7) — Sobre a natureza das circunstâncias, ver nosso "Competência Penal: Princípio do Esboço do Resultado e Crimes Qualificados pelo Evento", em RT 679/293 e "Justitia" 158/17.

Há nessa tomada de posição, contudo, e **permissa venia**, uma série de equívocos concentrados, que não podem ser contornados ou superados com a aplicação dos princípios jurídico-penais.

**In primo loco**, colocou Hungria verdadeiro rolo compressor sobre o artigo 30 (à época artigo 26) do Código Penal, fazendo **tabula rasa** de sua disposição e, clamorosamente, sufragando exegese **contra legem**.

É princípio de hermenêutica que, onde a lei não distingue, vedada é ao intérprete qualquer distinção. Não obstante, criou Hungria, à margem de qualquer diversificação legal, distinção entre circunstâncias pessoais e personalíssimas, erigindo arbitrariamente uma terceira classe de circunstâncias.

Juristas que hodiernamente assim não pensam, **venia concessa**, laboram em equívoco, incidindo, desavisados, em engano a que foram levados pelo prestígio da opinião de Hungria. Não atentaram, inclusive, que o saudoso Nelson Hungria, pouco antes de nos privar de seu convívio, em edição posterior de sua obra, deu a mão à palmatória e, retrocedendo, reviu e retificou sua posição jurídica a respeito do assunto<sup>(8)</sup>. O mesmo procedimento teve o preclaro e também saudoso Heleno Claudio Frago<sup>(9)</sup>.

No entanto, a controvérsia suscitada por Hungria trouxe em seu rastro reflexos.

Disso é exemplo o crime de falso testemunho.

Com efeito.

Não são infreqüentes decisões de nossos Sodalícios que afirmam a incompatibilidade da co-autoria com o falso testemunho (art. 342), face à sua característica de crime de mão própria, afastando, em conseqüência, como partícipe do delito o terceiro (o advogado, por exemplo) que induziu ou instigou a testemunha a falsear a verdade<sup>(10)</sup>.

Não se nos antolham procedentes, contudo, julgados que se afinam nesse diapasão.

As circunstâncias pessoais inscritas no tipo legal delitivo (art. 342) são elementares e constitutivas do crime alcançando, conseqüentemente, o partícipe (art. 30), de modo que nada há que impeça co-autoria no falso testemunho<sup>(11)</sup>.

### 3 — Consumação e foro competente

Consuma-se o crime quando o episódio se completa diante do preceito legal que o define, reunindo todos os seus elementos constitutivos.

No delito de falso testemunho, embora visasse o agente ao equívoco do julgador, assoma-se irrelevante à configuração jurídica e típica do crime que este consecutório ocorra.

O delito não pertence à categoria dos crimes materiais, mas à estirpe dos de mera atividade, integrando o grupo dos denominados crimes formais ou de consumação antecipada.

(8) — "Comentários" (com anotações de H. C. Frago), Forense, 5.ª edição, 1979, V/266.

(9) — "Lições de Direito Penal", José Bushatsky Editor, 3.ª edição, 1976, pág. 88.

(10) — RT 442/357, 452/343, 484/292, 523/337, 530/313, 531/297, 552/299, 553/323, 570/289, 572/291, 579/287, 591/325, 592/317, 601/321, 607/305, 655/281.

(11) — Cf. RT 403/76, 453/338, 469/322, 492/271, 523/339, 541/451, 542/326, 554/347, 557/290, 566/388, 587/434, 598/443, 604/348, 607/403, 635/365, 641/386, 643/294, 660/283, 672/294.

De feito.

Nos crimes formais, não obstante a conduta proibida já esgote — com plenitude — a realização da figura delituosa, aquilata-se do preceito típico incriminador descritivo que o agente, ao efetivá-la, não se comprazia com a mera consumação da ação. Pelo contrário, não escapa à perspicácia e argúcia que, ao realizar a ação, perseguia o sujeito ativo um objetivo, buscava e almejava a produção de um efeito exterior como sua consequência.

Contudo, em se tratando de delito formal, a própria estrutura típica que o consagrou tornou irrelevante a verificação do resultado colimado, pois a impaciência legislativa antecipou a tipicidade — e assim também a consumação do crime — à efetivação da simples ação incriminada.

Por conseguinte, o crime formal apresenta um resultado meramente **potencial**, em contraposição ao delito material que o exige **efetivo** para a consumação.

Assim, no delito formal, se o efeito querido e buscado com a conduta sobrevier, exaurido encontrar-se-á o crime. No entanto, se o agente não lograr alcançar o seu escopo, igualmente sobejará consumado o ilícito, eis que sua ação desvincula-se da tonalização de qualquer efeito externo.

Como professa Hans Welzel, nos crimes formais não pertence ao tipo objetivo aquilo que interessa ao agente<sup>(12)</sup>.

No artigo 342 do Código Penal, incrimina-se a ação de o sujeito ativo, na qualidade de testemunha (ou perito, tradutor, intérprete), fazer afirmação falsa, perante o Juiz em processo judicial. Iniludível é o escopo do agente, com este procedimento, de induzir o julgador em erro, para que prolate, em benefício ou detrimento alheio, sentença diversa da que daria se soubesse e conhecesse da verdade. Contudo, o equívoco do Juiz, como efeito da conduta, ressumbra meramente casual e circunstancial, dele não dependendo o crime para que se aperfeiçoe e integralize. Por via de consequência, se a testemunha (ou outro dos agentes determinados) fizer afirmação apócrifa e mendaz perante o Juízo, seu simples comportamento já acarretará o **summatum opus** do delito, consumando-o completamente. Eventual erro do magistrado, como decorrência da conduta, constituirá, no caso, o **exaurimento** do delito, circunstância que, de resto, é estranha ao seu momento consumativo, colocando-se à ilharga de sua estrutura típica.

Como é cediço e registra a **communis opinio doctorum**, não se tratando de mentira pueril ou falsidade que incida sobre ponto irrelevante para a apreciação da causa (**super accidentalibus**), caso em que a mendacidade não envergaria potencialidade lesiva<sup>(13)</sup>, o simples depoimento falso, versando sobre fato juridicamente relevante para o desate processual, por si só, já consuma o delito de falso testemunho. Destarte, “não é necessário que o falso testemunho influa efetivamente sobre a decisão; basta que seja falseado o **medium cruentae veritatis**, surgindo daí o perigo de injustiça de tal decisão” (RT 410-114-116)<sup>(14)</sup>.

Sendo o crime de mera atividade formal, ele se consuma no lugar e momento em que foi realizada a ação, vultu algum denotando para esta finalidade e para a fixação da competência persecutória que se quisesse produzir o efeito almejado com

o comportamento em outro local ou que em outro lugar ele se produzisse, uma vez que sua verificação efetiva é alheia ao tipo e, pois, meramente casual e acidental, indiferente, portanto, à configuração jurídica do delito.

De tal arte, consuma-se o falso testemunho (art. 342) no local em que foi prestado o depoimento apócrifo e mendaz, pouco importando que o tenha sido em juízo deprecado e que se destinasse a produzir efeitos no foro do juízo deprecante<sup>(15)</sup>.

Por conseguinte, determinando a competência persecutória o local da consumação do delito (**forum delicti commissi** — critério **ratione loci**), competente para a **persecutio criminis in iudicio** do falso testemunho será sempre o Juízo em que prestado o depoimento mendaz, seja ele o Juízo deprecado ou Juízo diverso do processo em que o **falsum** poderia projetar os seus efeitos.

No entanto, sendo o falso testemunho praticado em reclamação trabalhista em trâmite perante a Justiça do Trabalho, o seu processo e julgamento estarão afetos ao juízo criminal federal, por ser atingido interesse da União (cf. RT 673/320, 678/325 e RTJ 105/585).

#### 4 — Exclusão da antijuridicidade

Estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito são as causas que, elencadas no artigo 23 do Código Penal, afastam e excluem a antijuridicidade de fato típico eventualmente perpetrado. Constituem as chamadas causas de justificação ou descriminantes, esboroando a criminalidade do fato típico cometido.

Como é curial, o falso testemunho, em face de sua própria estruturação típica, não se possibilita com a ocorrência ou verificação de qualquer uma destas excludentes, ressalvada a concernente ao exercício regular do direito.

Assim é que os pressupostos e requisitos de configuração das descriminantes citadas, destacada a exceção declinada, não se coadunam ou congruem com os ingredientes típicos do perjúrio, que jamais encontra azo e ensanchas, por conseguinte, para ser cometido em legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever.

Já no que pertine com a causa de justificação do exercício regular do direito o enfoque é diverso e outra é a ótica legal.

Efetivamente.

Deflui explicitamente de cânone constitucional o direito de ampla defesa nos processos. Desse modo, sempre que o testemunho eventualmente trouxer, com a declaração da verdade, alguma coisa que possa seriamente comprometer quem o presta, preferindo este mentir num sentido de autodefesa, terá em seu prol e benefício, inconfutavelmente, a excludente do exercício do direito, qual seja, o de ampla defesa<sup>(16)</sup>.

“O falso testemunho configura-se quando a pessoa, em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, faz a afirmação falsa, nega ou cala a verdade com relação a outrem e nunca se referindo a si próprio, quando depõe em seu próprio benefício” (RT 424/309).

(12) — “Direito Penal”, Parte Geral, Roque Depalma Editor, 1956, pág. 191.

(13) — RT 459/309, 483/306, 507/355, 511/356, 539/280, 567/312, 591/329, 674/293.

(14) — No mesmo diapasão: RT 222/118, 460/317-8, 467/331, 533/346, 536/308, 553/346, 572/314, 606/319, 643/329, 650/316, 663/359, 666/281, 668/262, 676/368, 677/362, RTJ 79/784, 95/573.

(15) — Cf. RT 245/586, 281/171, 582/307 e 605/298.

(16) — A respeito do assunto, cf. nosso “Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites”, Forense, 1986, págs. 351 a 370.



Falso testemunho. Delito não configurado. Acusado indiciado em processo no qual prestou o depoimento falso. Interesse, portanto, de nele não se comprometer, para não ser envolvido: "A doutrina e a jurisprudência se orientam no sentido de que o tipo do perjúrio não alcança os testemunhos que tragam no seu bojo um interesse próprio, ligado ao fato em foco no processo, envolvendo elucidação que poderia lhe acarretar responsabilidade... Desde que no fato existe alguma coisa que seja *res sua*, a testemunha não está obrigada a declará-lo..." (in RT 495/297-299)<sup>(17)</sup>.

Falso testemunho. Crime não caracterizado: "Como corolário natural da auto-defesa, decorre o princípio de que ninguém é obrigado a declarar a verdade se assumir, com essa declaração, o risco de ser incriminado" (RT 510/320)<sup>(18)</sup>.

Falso testemunho: "Quando o depoimento é falso, num sentido de ampla defesa, procurando o depoente não se envolver no fato delituoso que se pretende apurar, não se pode admitir estivesse obrigado a dizer a verdade" (RT 519/353)<sup>(19)</sup>.

Falso testemunho: "Scarano exemplifica a orientação da jurisprudência italiana, fundado em julgado de 1881, da Corte de Cassação de Turim, portanto anterior à primeira decisão do Tribunal alemão (1897), que desculpava o acusado da prática de falso testemunho em favor próprio. O Tribunal estabelecia uma analogia com o falso testemunho praticado em benefício de parente, considerando que o testemunho em benefício próprio colocava o agente em idêntico dilema: dizer a verdade, cumprindo um dever jurídico, ou responder às exigências do dever natural de defender a si mesmo"<sup>(20)</sup>.

Diante do suso exposto, afigura-se-nos não se tenham revestido do costumeiro acerto — *venia permissa* — decisões de nossos Sodalícios que condenaram, em posterior processo, como co-autores do delito de falso testemunho, réus que, nos processos anteriores a que respondiam, induziram e instruíram uma testemunha para que esta depusesse, falsamente, em seu favor<sup>(21)</sup>.

## 5 — Dolo

Como modalidade excepcional de elemento subjetivo que fundamenta o descortino do crime, a culpa — ao reverso do que sucede com o dolo — unicamente encontra ensanchas e azo à punição quando a lei penal, descrevendo determinado comportamento delituoso, explicitamente dispuser nesse sentido. Isso porque a punição a título de dolo constitui a regra, destacando-se a punibilidade da culpa como exceção. E é regra de hermenêutica e exegese que as exceções devem ser expressas, ressumbrando com a natureza de *numerus clausus* tudo aquilo que a elas disser respeito.

Não fazendo explícita menção o artigo 342 do Código Penal à punição a título de culpa, segue-se, como corolário lógico, que, diante do silêncio legal a respeito, o falso testemunho unicamente é punível se perpetrado com dolo.

Nessa conjuntura, necessário sempre será que soubesse o agente da mendacidade e que estivesse animado do intuito e vontade consciente e livre de falsear a verdade, negá-la ou calá-la.

(17) — Na mesma senda: RT 372/77, 384/81, 439/375, 532/345, 576/353.

(18) — Igual: RT 439/375, 519/317 e 353, 544/345.

(19) — No mesmo sentido: RT 576/353.

(20) — Miguel Reale Junior, "Dos Estados de Necessidade", José Bushatsky Editor, 1971, págs. 20-21, nota n.º 22.

(21) — Cf. RT 469/322 e 452/343.

Por esse motivo, para que se perfaça e obtenha encarte criminoso o falso testemunho, há mister que o *falsum* exista não apenas em seu aspecto objetivo, mas ainda a *parte subjecti*.

Assim, a mera desconformidade entre a realidade e o que se afirma não caracteriza o crime, ressurtindo imperioso — sobretudo — que o dito não corresponda ao que efetivamente percebeu o agente<sup>(22)</sup>, que há, pois, de ter consciência do divórcio e contraste do seu testemunho com a realidade concreta. Desta sorte, além da falsidade objetiva, indeclinável ressaí que o sujeito ativo tenha a consciência de que deforma a realidade ao narrá-la ou descrevê-la.

A falibilidade do testemunho constitui contingência inarredável dessa espécie de prova, a ponto de Malatesta tê-la rotulado de "a meretriz das provas".

Essa falibilidade provém, no mais das vezes, registram Mira y Lopez e em seguida Magalhães Noronha, do modo como foi percebido o acontecimento, do modo como se conservou na memória da testemunha ou do modo como esta é capaz de narrá-lo e expressá-lo, dependendo ainda da disposição da testemunha no momento do fato, idade, sexo, circunstâncias de tempo e lugar, do interregno entre o sucedido e o depoimento...<sup>(23)</sup>. De uma percepção — remarca Paulo José da Costa Junior —, muitas vezes permanece apenas um resíduo abstrato, ou seja, um sentimento vago de um episódio, desacompanhado de imagens precisas. Com o passar dos tempos, maior a desintegração das imagens. Por essa razão, não raro a testemunha não se recorda mais de circunstâncias sobre as quais já depôs<sup>(24)</sup>.

Por via de consequência, curial é que, a par da inexatidão objetiva entre o depoimento e o fato acontecido, se perscrute, aquilate e perquiria ainda de sua desconformidade subjetiva, dessumível através do dolo.

De tal arte, "o critério da falsidade do testemunho — segundo pontificou Carrara — não depende da relação entre o dito e a realidade das coisas, mas, sim, da relação entre o dito e o conhecimento da testemunha"<sup>(25)</sup>. Por isso, "a simples divergência entre depoimentos prestados por testemunhas, a respeito de determinado fato, dificilmente justifica atribuir-se a uma delas, sem provas concretas, que esteja falseando a verdade" (RT 499/316), o mesmo sucedendo quando houver contradição e discrepância entre depoimentos prestados na polícia e em Juízo pela mesma testemunha (RT 488/401, 511/331, 599/326).

Como professa Nelson Hungria, se o agente é vítima de um erro, de uma falsa percepção da realidade, do próprio esquecimento ou de uma deformação inconsciente da lembrança, fica excluído o elemento subjetivo do crime. É lição banal da psicologia judiciária que a testemunha (mesmo quando não se trata de mórbidos mitômanos ou de desequilibrados psíquicos inclinados ao fabulismo)<sup>(26)</sup> pode ser vítima de ilusões ao fixar a realidade ou ao recompor suas impressões.

## 6 — Aspectos processuais

A *persecutio criminis* do delito de falso testemunho submete-se à disciplina da

(22) — Cf. Magalhães Noronha, "Direito Penal", Saraiva, 8.ª edição, 1976, IV/389, Nelson Hungria, "Comentários", Forense, 1959, IX/476 e RT 410/335, 536/308, 551/306, 581/311.

(23) — In Magalhães Noronha, ob. cit., pág. 391.

(24) — "Comentários ao Código Penal", Saraiva, 1989, III/551.

(25) — Apud RT. 522/322.

(26) — Ob. cit., págs. 479-480.

ação penal pública pura e simples, norteador-a, conseqüentemente, o princípio da obrigatoriedade ou indisponibilidade.

Em que pesem respeitáveis decisões que sufragam o entender segundo o qual o procedimento (inquérito ou ação penal) contra a testemunha mendaz somente pode iniciar-se após a decisão final do processo em que o depoimento acoimado de falso foi prestado (RT 172/631, 651/280), ou então logo após a sentença, sem necessidade de seu trânsito em julgado (RT 303/67, 498/293, 528/314, 645/286, 657/286, 674/347), pois até então é possível a retratação (RT 356/295), temos para nós que melhor se posicionam os julgados que enfatizam não ficar o falso testemunho, para configurar-se, na dependência da oportunidade da retratação (ver n.º 7), pois não é ela uma causa excludente do crime, e sim extintiva da punibilidade ("o fato deixa de ser punível", reza o § 3.º do artigo 342 do CP), tratando-se, portanto, de condição resolutiva, e não de condição suspensiva (RT 153/65, 311/91, 321/71).

Desta sorte, "nada impede o oferecimento da denúncia no crime de falso testemunho, mesmo não se encontrando findo o processo originário onde foi prestado o depoimento acoimado de falso. O processo criminal decorrente do falso testemunho só pode ser julgado após preclusão da oportunidade retratória do processo originário, no qual foi prestado o depoimento acoimado de falso" (RT 460/280)<sup>(27)</sup>.

Aliás, sendo a retratação mera causa extintiva da punibilidade, óbice não há, inclusive, que o processo por falso testemunho seja não só iniciado, como até ultimado antes da sentença referente ao processo que lhe deu causa (cf. RT 286/80), operando-se os efeitos da retratação após a sentença condenatória prolatada. Por isso, *ope conexitatis*, pode o falso testemunho prestado no inquérito ser processado e até julgado conjuntamente com o fato delituoso que o ensejou (cf. RT 421/88 e 657/284).

Por derradeiro, para que não se ressinta do labéu da inépcia a denúncia oferecida por falso testemunho, imprescindível é que "aponte a afirmação mentirosa, a verdade negada ou calada, pois de outro modo a inicial não conterà, sequer, a exposição do fato criminoso, tal como o exige o artigo 41 do Código de Processo Penal" (RT 264/178). Igual: RT 532/320.

## 7 — Extinção da punibilidade

O falso testemunho, como todos os demais delitos, usufrui de autonomia e possui cominação própria de *sanctio juris*, pertencendo, outrossim, à classe e grupo dos delitos formais ou de consumação antecipada (n.º 3).

Desta sorte, indiferente ressurre à configuração jurídica e à punibilidade do delito epigrafado o desfecho processual dado à relação processual em que o depoimento acoimado da mendacidade foi prestado.

Delito independente e formal que é, persiste o perjúrio quer tenha obtido desate condenatório ou absolutório, de procedência ou improcedência a ação na qual foi prestado.

Pela mesma razão e ordem de idéias, crível e insofismável é que a extinção da punibilidade do réu em processo-crime no qual prestado o depoimento apócrifo

(prescrição, morte, indulto, casamento no crime contra os costumes, retroatividade de *lex mitior*...) não repercuta em prol do agente do *falsum*.

"O falso testemunho não é um crime condicionado, isto é, que subordina a sua punibilidade a uma condição exterior e posterior à consumação (condição objetiva de punibilidade). Em face disso, a concretização da pretensão punitiva no processo em que foi cometido não condiciona a punibilidade do falso. Além disso, não é um "crime acessório", que depende do outro... O falso existe por si só" (RT 679/326). No mesmo tom e alheta: RT 540/263, 546/431 e RTJ 95/573.

Por conseguinte, a extinção da punibilidade concernente ao falso testemunho unicamente tem ensanchas para operar-se com relação aos próprios fato, agente e pena do delito.

Cabe, em arremate, tecer algumas considerações atinentes à retratação, como causa específica de extinção da punibilidade do falso testemunho.

Retratar-se, no caso, é desdizer-se, retroceder na mentira que antes fora dita; ou narrar o que anteriormente fora ocultado ou recusado.

Nessa conjuntura, consiste a retratação na admissão da mendacidade e na imediata revelação da verdade.

A retratação, todavia, realça Magalhães Noronha, há de ser completa: sem reticências, ambigüidades e dubiedades: o que se colima é o restabelecimento do verdadeiro<sup>(28)</sup>.

Pode ser feita nos próprios autos do processo que abriga a mentira, caso em que pode ser feita por escrito, em petição assinada e endereçada ao Juiz da causa, ou por oitiva posterior da testemunha mendaz (que então retifica o depoimento malsinado que antes prestara em inquérito, quando depõe no curso de ação penal como testemunha arrolada, ou por nova reinquirição — nos demais casos — na própria ação, designada a seu próprio requerimento ou determinada *ex officio*).

A retratação tem azo, igualmente, para ser procedida no procedimento persecutório instaurado contra a testemunha falaz, uma vez que este não se acrisola necessariamente ao feito ou ação penal resultantes da mendacidade (cf. n.º 6). A retratação, no entanto, há de surgir *opportuno tempore*, ou seja, antes de prolatada sentença no processo do *falsum*, obstaculizando-se, dessa maneira, eventual (mas não necessário — cf. n.º 3) erro judiciário.

Edita a lei penal que retratação tempestiva, para o efeito liberatório da punição, somente é a que se faz precedentemente à prolação da sentença.

Inconcurso é que a dicção legal concessiva do efeito liberatório se refere à sentença do processo em que prestado o perjúrio, e não à da ação penal que dele decorra.

Desta sorte, a retratação ocorrida na ação penal intentada contra a testemunha mendaz, ainda que anterior à sua sentença, não outorgará ao réu — em princípio — a benesse extintiva da punibilidade (salvo se ainda não ultimado o feito em que teve guarida o depoimento apócrifo).

Em processos da competência do Júri, antolha-se-nos possível a retratação mesmo após a sentença de pronúncia, antes porém da decisão do Conselho de Sentença.

(27) — Cf., ainda, no mesmo tom, RT 553/346, 586/273, 623/322, 660/283.

(28) — Ob. cit., pág. 393.



"A retratação do agente de crime de falso testemunho antes da sentença final no procedimento do Júri (após — portanto — a decisão do corpo de jurados — acrescentamos) extingue a sua punibilidade. É irrelevante que ela seja posterior ao trânsito em julgado da pronúncia, que não é, decididamente, a sentença a que se refere o artigo 342, § 3.º, do CP" (RT 526/427).

Ocorrendo a retratação nos moldes legalmente estipulados, deixa então o sistema repressivo de punir a testemunha mendaz que tempestivamente se retratou, não somente por razões de política criminal, mas, sobretudo, por possibilitar a tempo o conhecimento da verdade, obliterando possível erro judiciário (a nosso ver a verdadeira *mens legis* da concessão liberatória).

Constituindo momento legalmente assinalado para a oportunidade eficaz da retratação o antecedente ao advento da sentença, já se julgou irrelevante, porque feita a desoras e serodiamente, retratação procedida após a sentença e anteriormente ao seu trânsito em julgado (cf. RT 565/312, 602/339 e 641/314).

Dissentimos em parte, porém, do escólio.

**Ad primum**, porque a lei penal, ao conceder a faculdade, não determinou, explicitamente, que a retratação se fizesse antes da sentença recorrível.

De outro turno, convinável é ressaltar-se que, enquanto não perfizer a coisa julgada, pode ser a sentença proferida impugnada pela via recursal, com fulcro e respaldo na retratação que se tenha apresentado.

Assim, deitando raízes a benesse da retratação, fundamentalmente, no evitar-se possível erro judiciário (a *mens legis* do dispositivo — art. 342, § 3.º, CP), é nosso pensar que, enquanto possível a evitação do equívoco judiciário em potencial, válida será a retratação, por atingir o escopo e desiderato legais.

Nessa conjuntura, se o agente do perjúrio se desdisser na pendência de recurso de apelação interposto da sentença do processo que contém o *falsum*, parece-nos tenha atingido a retratação o seu objetivo, posto que, ainda que se encontre o feito no Juízo *ad quem*, poderá ser ela trasladada ou enviada antes do julgamento do recurso, conhecendo-se-a.

Assim sustentamos no processo-crime n.º 4.332/46/78, em grau de apelação, da comarca de São Bento do Sapucaí (SP), com lastro em retratação posterior à sua sentença e ocorrida nos autos do inquérito policial n.º 1.856, Cartório do 1.º Ofício da comarca, corroborando-se nossa posição na Superior Instância.

Em qualquer caso, não se há de apartar da exegese teleológica ou do conteúdo finalístico de determinado dispositivo legal. Inexiste norma que não esteja amparada e alicerçada por um desiderato. Não há lei que não se enderece a uma finalidade, a uma meta ou objetivo. E o do dispositivo liberatório em tela, como vimos, está em obviar-se possível erro judiciário.

Em matéria de hermenêutica, não se pode olvidar, pois, da regra geral inscrita em o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil — aqui também subsidiariamente aplicável —, segundo a qual, "na aplicação da lei, o juiz atenderá *aos fins sociais* (nosso grifo) a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Como pontifica Hans Heinrich Jeschek — ("Lehrbuch des Strafrechts", A.T., 2.ª ed., § 17, pág. 122), o ponto culminante do processo hermenêutico pertence ao método teleológico, pois só este conduz diretamente ao objetivo de toda a interpre-

tação, que é o de revelar as perspectivas de valor e finalidade que permitem alcançar o adequado sentido da lei<sup>(29)</sup>.

Na espécie em exame, reclama ela desate através da exegese teleológica, para que, no dizer de Orozimbo Nonato, "o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém"<sup>(30)</sup>.

Contudo, se o recurso não puder ser provido, pelo óbice da *reformatio in pejus* (majoração da pena de réu que tenha exclusivamente recorrido), inoperante há de ser a retratação, porque então não atenderá à sua finalidade ontológica.

Com a ressalva desta observação, concordamos com o seguinte julgado: "a retratação, apesar de feita posteriormente à sentença, mas antes do julgamento do recurso na instância superior, torna o fato impunível" (Rev. For. 155/386).

A retratação constitui condição resolutiva, e não suspensiva (cf. n.º 6) e, ostentando natureza pessoal (art. 30, CP), não se comunica a eventual co-autor, deixando o fato de ser punível somente em relação àquele que se retrata.

(29) — Apud Dinio de Santis Garcia, "Furto Qualificado — Aplicação do artigo 155, § 2.º, do Código Penal e casos em que foi Pequeno o Prejuízo da Vítima e não de Pequeno Valor a Coisa Furtada" — in RT 514/465 e segs.

(30) — Apud Alípio Silveira, "Hermenêutica no Direito Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 1968, I/45.